Die römische Novation
im heutigen deutschen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Herbert Bormann
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 47.
Arndts, R. v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1883.
Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl. 1894.
v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 2. Aufl. 1879.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 7./8. Aufl. 1905.
Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. 1853.
Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 4. Aufl. 1894.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts. 4. Aufl. 1906.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1908.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 14.
Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. Jena 1850.
Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit. In der Festgabe zum Doktorjubiläum Iherings. Breslau 1892.
Gide, Paul, Études sur la novation et le transport des créances en droit Romain. Paris 1879.
Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (Manuel élémentaire de droit romain). Übersetzt von R. v. Mayr. Teil 2. Berlin 1908.
Girtanner, Die Stipulation und ihr Verhältnis zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum creditum. 1859.
Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts im Vergleich mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts. 1845.
Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht. 1881.
Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 46 (Bd. 10 der 2. Folge).
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. 1860.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession des römischen und heutigen Rechts. 1856.

Leonhard, Rezension über: Études sur la novation et le transport des créances en droit Romain par Paul Gide, professeur à la faculté de droit de Paris. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 26 (Bd. 11 der neuen Folge). Stuttgart 1881.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840.

Lorent, Die Novation unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.

Merkel, Der römischrechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht. Diss. Straßburg 1892.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Osberghaus, Die Novation des römischen Rechts und ihre Bedeutung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 1./2. Aufl.

Przikling, Die Erfordernisse der Novation. Diss. Greifswald 1893.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Regelsberger in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1882 Bd. 2.

Rießler, Gutachten für den 18. Deutschen Juristentag. In Seufferts Archiv Bd. 24.

Römer, Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht. 1863.

Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht. 1866.

v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. 1864.

Schwartz, Das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1902.

Seufferts Archiv. Bd. 6, 24 u. 32.

Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs von Bekker und Fischer.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 3. Aufl. 1868.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 2. 3./4. Aufl. 1908.

Unterholzner-Huschke, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 1. 1840.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. 1900.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gefertigt im Reichsjustizamt.

Einleitung.

Unter den Erlöschungsgründen für Obligationen im römischen Recht begegnen wir in der Novation einem Institut von ganz eigenartigem Charakter. Die hervorragende Stellung, die sie, den Quellen nach zu urteilen, im römischen Recht einnahm, verdankt die Novation in erster Linie ihrer hohen praktischen Bedeutung. Bei der eigenartigen Struktur des römischen Obligationenrechts war sie geradezu unentbehrlich für die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens. Obwohl nun unser heutiges Recht sehr stark von römischrechtlichen Gedanken beeinflußt ist, suchen wir darin doch vergebens nach einem Institut, das sich mit der römischen Novation vergleichen ließe. Weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch in anderen Gesetzen des Privatrechts ist ein der römischen Novation analoges Institut als besonderes Rechtsinstitut geregelt. Darum muß sich uns ganz von selbst die Frage aufdrängen: Hinterläßt eigentlich das Fehlen von ausdrücklichen Bestimmungen über die Novation im heutigen Recht eine fühlbare Lücke? Oder aber ist das ganze System des modernen Privatrechts so angelegt, daß die gesetzliche Fixierung eines besonderen Erlöschungsgrundes für Forderungen und Schulden analog der im römischen Recht vorhandenen und praktisch sehr bedeutungsvollen Novation unnötig und entbehrlich war?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, daß wir uns zunächst mit der Novation, wie sie sich im römischen Rechte darstellte, beschäftigen. Hierbei jedoch auf all die zahllosen Kontroversen des näheren einzugehen, die in der juristischen Literatur über das Wesen, die Erfordernisse und Wirkungen der Novation

bestehen, würde über den Umfang und Zweck dieser Abhandlung hinausgehen. Nur die Besprechung der Bedeutung der Novation für das römische Recht müssen wir etwas ausführlicher gestalten, um dann vergleichsweise ihre Bedeutung für das heutige Recht zu erörtern; denn nur hieraus läßt sich die uns im Thema gestellte Frage beantworten.

Erster Teil.

Die Novation im römischen Rechte.

Begriff und Wesen der Novation.

Die herrschende Meinung definiert heute die Novation als Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Begründung einer neuen, die den Inhalt der alten in sich aufnimmt.

Solche Novationen konnten im römischen Recht zwar in der verschiedensten Weise vor sich gehen, die Erscheinungsform war jedoch in allen Fällen die gleiche und entsprang derselben Vorstellung. Nach Girards[1]) Auffassung war nämlich die Novation ursprünglich „die notwendige Frucht des Gedankens, daß ebensowenig zwei Verträge wie zwei Prozesse nacheinander dieselbe Verbindlichkeit zum Gegenstande haben können". Trat also neben eine bestehende Obligation eine Stipulation über denselben Gegenstand, so war das Resultat nach Girard[2]) folgendes: „Wenn der neue Vertrag mit dem alten unbedingt identisch war, konnte er gar nicht zur Entstehung gelangen; wenn er sich davon irgendwie unterschied, so rechtfertigte dieser Umstand seine Entstehung. Aber dann ging der alte Vertrag unter".

Auf diese Weise also entstand die Novation. Wenn sich nun auch in späterer Zeit die Auffassung insofern änderte, als man die Möglichkeit anerkannte, neben ein bestehendes Schuldverhältnis ein neues auf denselben Gegenstand zu setzen, ohne daß jenes dadurch erlosch, diese letztere Wirkung vielmehr nur bei darauf

---

[1]) Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von R. v. Mayr, Teil 2 S. 752.

[2]) Girard a. a. O. Teil 2 S. 753.

gerichtetem Parteiwillen (animus novandi) eintrat, so änderte doch das am Wesen der Novation nichts. Sie war und blieb Aufhebung einer Obligation durch Begründung einer neuen. Aus der obenerwähnten Definition geht jedoch ohne weiteres hervor, daß die Begründung der neuen Obligation nur das Mittel zur Aufhebung der schon bestehenden ist. Das Wesentliche der Novation ist also die Aufhebung der bestehenden Obligation: Sie ist ein Tilgungsakt für Obligationen.

Dieser Auffassung entspricht die Stellung der Novation in den Institutionen Justinians. Hier ist sie nämlich im lib. 3 tit. 29 § 3 unter dem Titel „quibus modis obligatio tollitur“ behandelt. Von den übrigen an dieser Stelle aufgeführten Erlöschungsgründen für Obligationen unterscheidet sich die Novation jedoch wesentlich; das können wir ohne weiteres aus der Legaldefinition ersehen, wie sie uns Ulpian in l. 1 pr. D. 46, 2 de novationibus et delegationibus gibt:

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.

Hiernach ist die Novation nicht einfach ein Tilgungsakt dergestalt, daß eine bestehende Obligation zum Untergang gebracht wird, so daß der Schuldner frei wird, ohne leisten zu müssen; darin wäre ja lediglich ein Erlaßvertrag zu erblicken. Nein, das Wesen der Novation besteht eben darin, daß die Tilgung einer bestehenden Obligation durch Begründung einer neuen erfolgt, in die das debitum der erloschenen übertragen wird. Es wird mithin das deberi der alten Obligation nicht schlechthin aufgehoben, sondern in der neuen Obligation fortgesetzt. Das prius debitum oder noch besser das id, quod ex priore obligatione debetur [3]) wird in die neue Obligation transferiert. Salkowski sieht übereinstimmend mit Römer [4]) als debitum den ökonomischen Gegenstand der alten Obligation an, der in die neue transferiert wird, so daß der materielle Inhalt der alten Obligation zum

[3]) vgl. dazu Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht 1866 S. 37f.

[4]) Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht 1863 S. 4.

Inhalte der neuen wird. Die Anhänger dieser von Hruza[5]) so genannten Translationstheorie[6]) erblicken also in der Novation eine Umwandlung, die Bildung einer neuen Obligation aus dem Stoffe der alten.

Diese Theorie ist heftig bekämpft worden. Ihr stehen als Gegner die Anhänger der Substitutionstheorie gegenüber, zu denen unter anderen Windscheid[7]) gehört. Dieser erklärt seine Auffassung von dem Verhältnis der neuen zur alten Obligation folgendermaßen: „Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesem Willen, nicht auf diesem Willen und der alten Obligation. Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen und, wenn man will, auf Grund einer anderen, aber deswegen nicht aus einer anderen".

Nach dieser Auffassung tritt also an die Stelle der alten Obligation eine neue dergestalt, daß die neue der alten substituiert wird. Welcher Auffassung man auch immer den Vorzug geben mag, sicher ist, daß die Translationstheorie den Wortlaut der Legaldefinition Ulpians für sich hat, die ja von einer „transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem" spricht. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus lebt auch zweifellos die alte Schuld in der neuen fort; denn der Schuldner wird ja nicht schlechthin frei, sondern seine alte Schuld wird nur juristisch durch Begründung einer neuen abgelöst. Bei diesem Vorgange ist besonderes Gewicht darauf zu legen, daß die Tilgung der alten Obligation durch Begründung der neuen erfolgt, so daß Begründung und Tilgung als Wirkungen desselben Vertrages nebeneinander stehen,

---

[5]) Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht 1881 S. 7.

[6]) Als deren Anhänger sind zu nennen: Brinz, Pand. Bd. 2 1879 § 282 Anm. 8 u. 24; Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht 1864 S. 159; Salkowski, Zur Lehre von der Novation 1866 S. 42, 79 f.; Kuntze, Die Obligation und Singularsukzession des römischen und heutigen Rechts 1856 S. 243 f.; Römer, Die bedingte Novation 1863 S. 4.

[7]) Pand. 8. Aufl. 1900 Bd. 2 § 353 S. 469 Anm. 3 b. Andere Anhänger dieser Theorie sind Arndts, Pand. 1883 § 268 S. 523; Puchta, Pand. 12. Aufl. 1877 § 291 S. 447; Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht 1868 Bd. 2 § 105 S. 452 f.; Vangerow, Pand. 1876 Bd. 3 § 619 S. 371.

nicht aber als zwei Wirkungen zweier getrennter Verträge. In dieser Hinsicht kann ich v. Salpius[8]) nicht beistimmen, nachdem die Novation aus zwei voneinander durchaus unabhängigen Bestandteilen, einem obligatorischen und einem liberatorischen Vertrage besteht, eine Ansicht, die v. Salpius (S. 339 f.) noch mehr spezialisiert: „Die Novation besteht aus zwei Verträgen: Agnition und Liberation".

Diese Auffassung führt m. E. zu einer Verkennung des Wesens der Novation. Wohl sind bei der Novation zwei Wirkungen zu unterscheiden, „Liberation und Obligation"; aber diese sind nicht die Resultate zweier getrennter Verträge, sondern eines einzigen, eben des Novationsvertrages. Aus der Untrennbarkeit seiner beiden Wirkungen ergibt sich die Einheit dieses Vertrages. Salkowski[9]) kommt deshalb zu folgendem Resultat: „Tilgung der alten und Entstehung der neuen Obligation müssen daher uno actu erfolgen, sie müssen nicht nur in demselben Augenblicke, sondern auch durch einen und denselben Rechtsakt bewirkt werden. Überall, wo dies nicht der Fall ist, da zessiert der Begriff der Novation".

Die Novation ist demnach als ein Vertrag anzusehen, der eine bestehende Obligation dadurch aufhebt, daß er eine neue begründet, die den materiellen, ökonomischen Inhalt der alten Obligation in sich aufnimmt.

Ist nun für diesen Vertrag im römischen Recht eine besondere Form[10]) vorgeschrieben? Aus der eben festgestellten Begriffsbestimmung der Novation ergibt sich, daß zu ihr ein Vertragstypus gewählt werden muß, der in sich selbst die causa für eine Verpflichtung enthält; denn die neu entstehende Schuld soll ja das debitum der alten in sich aufnehmen. Zwar wird damit die materielle causa der prior obligatio nicht mit in die neue Obligation als deren causa übernommen, es darf aber an ihre Stelle nur ein solcher Verpflichtungsgrund treten, der den materiellen Inhalt der prior obligatio unberührt läßt. Es sind mithin alle

---

[8]) a. a. O. S. 273.

[9]) a. a. O. S. 42.

[10]) vgl. hierzu Salkowski S. 89 f.

materiell-individualisierten Verträge von vornherein ausgeschlossen, übrig bleiben also nur die abstrakten Formalverträge,[11] d. h. diejenigen, die von ihrer materiellen causa derartig losgelöst sind, daß sie selbständig durch ihr bloßes Dasein einen Verpflichtungsgrund abgeben. In Betracht kommen im römischen Recht dafür die Literal- und Verbalkontrakte. Dem Literalkontrakt gesteht Salkowski (S. 90f.), wenigstens für die ältere Zeit des römischen Rechts, eine allerdings „in vielen Beziehungen ganz eigentümlich geartete" Novationsfähigkeit zu, die indessen im späteren Recht mit dem Verschwinden des Literalkontraktes[12] gleichfalls wegfällt. Es bleibt also nur die Stipulation als Novationsform übrig, die denn auch, den Quellenstellen nach zu urteilen, zu diesem Zweck ausschließlich angewandt worden ist. Sie ist auch wie keine andere Form hierzu geeignet, da sie ja ihrer abstrakten Natur wegen jeden beliebigen rechtlichen Inhalt in sich aufnehmen kann.[13]

2. Erfordernisse der Novation.

Aus dem Begriff der Novation, so wie er uns in der S. 4 erwähnten Legaldefinition Ulpians vor Augen tritt, ergeben sich ohne weiteres die Erfordernisse der Novation:

1. Vorhandensein eines Schuldverhältnisses;
2. Entstehung eines neuen Schuldverhältnisses;
3. Animus novandi, d. h. die Absicht der Parteien auf den Eintritt der Novationswirkungen.

Wir wollen diese Erfordernisse im folgenden der Reihe nach einer Betrachtung unterziehen.

---

[11]) vgl. dazu die Ausführungen von Kuntze, Die Obligation und Singularsukzession S. 134f.; Gneist, Die formellen Verträge S. 148f.; Przikling, Die Erfordernisse der Novation, Greifswalder Diss. 1893, und die daselbst S. 11 und 12 angezogene Literatur.

[12]) v. Salpius (a. a. O. S. 147) leugnet die Fähigkeit des Literalkontraktes zur Novation völlig, indem er „die Vorstellung von einer Novation per litteras für jetzt als eine völlig unbeglaubigte Hypothese bezeichnet".

[13]) vgl. Girtanner, Die Stipulation 1859 S. 235.

Vorhandensein eines Schuldverhältnisses.

„Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae processit, novari verbis potest.“[1])

Aus dieser Digestenstelle ergibt sich, daß es hinsichtlich des ersten Erfordernisses der Novation lediglich auf das Vorhandensein, nicht aber auf die Beschaffenheit der alten Obligation ankommt.[2]) Ob die Obligation aus einem Kontrakt oder Delikt hervorgegangen ist, ist dabei gleichgültig; ja nicht einmal eine obligatio civilis ist erforderlich, sondern auch die naturalis obligatio hat die Fähigkeit, noviert zu werden. Allerdings ist zu beachten, daß immer nur einseitige Ansprüche[3]) durch Novation aufgehoben werden können; so ist z. B. nicht der Kaufvertrag als solcher novierbar, wohl aber die sich aus ihm ergebenden gegenseitigen Ansprüche.

Entstehung eines neuen Schuldverhältnisses.

Die Konsumtionswirkung der Novation ist davon abhängig, daß eine neue Obligation zur Entstehung gelangt, wobei es allerdings gleichgültig ist, ob dies eine civilis obligatio oder bloß eine naturalis ist; denn Ulpian fährt in der oben zitierten Stelle l. 1 § 1 D. 46, 2 fort: „. . ., dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit“. Selbst wenn die neu entstehende Obligation anfechtbar ist, so wird doch dadurch der Eintritt der Novationswirkung nicht gehindert.[4])

Daß die neu entstehende Obligation das debitum der früheren in sich aufnehmen muß, haben wir schon früher auseinandergesetzt. Manche Juristen[5]) gehen nun in dieser Auffassung so weit, daß

---

[1]) l. 1 § 1 D. 46, 2 de novat. et delegat.

[2]) Salkowski a. a. O. S. 74 f.

[3]) Dernburg, Pand. 1894 § 60 S. 167.

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 54 S. 475.

[5]) Liebe, Die Stipulation 1840 S. 158; v. Salpius a. a. O. S. 159 f.; Salkowski a. a. O. S. 79 f.

das Objekt der beiden Obligationen völlig identisch sein müsse, unbeschadet des Novum, das ja, wie schon aus dem Begriff novatio hervorgeht und wie auch fast alle Juristen anerkennen, die neu entstehende Obligation an sich haben muß; ein novum kann allerdings, wie Windscheid (s. unten) sagt, schon in dem Novationsakt selbst liegen.

Vangerow[6]) hingegen läßt das erwähnte Erfordernis der Identität wohl für das ältere römische Recht gelten, nicht mehr dagegen für das justinianische Recht, in dem anerkannt sei, daß das Objekt der neu entstehenden Obligation ein anderes sein kann als das der früheren, ohne daß dadurch die novierende Wirkung gehindert würde.

Windscheid[7]) behauptet sogar, daß das neue Forderungsrecht nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes sei, und fährt dann fort: „Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechts gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung, durch die Person des Schuldners oder des Gläubigers, durch Nebenbestimmungen, möglicherweise auch durch nichts, als eben dadurch, daß es ein neu begründetes und daher, obwohl dem früheren Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist".

Darnach hält also Windscheid die Nichtidentität des neu entstehenden Forderungsrechtes mit dem alten offenbar für ein Erfordernis der Novation.

Dagegen führt Fischer[8]) aus, daß die Frage nach Identität oder Neuheit der neuen obligatio im Verhältnis zur alten für die Novation keine Rolle spiele. „Die Römer hatten ein festes Kriterium der ordentlichen Novation in der Stipulation. Keine Novation ohne Stipulation."

War die Stipulation gültig, so war die neue Obligation entstanden. Sollte diese Stipulationsforderung nun nicht kumulativ oder akzessorisch zu der bestehenden Obligation hinzutreten, sondern eben eine Novation sein, so kam es nicht auf die Identität des

[6]) Pand. 1876 Bd. 3 § 619 S. 371 unten.

[7]) Pand. 8. Aufl. 1900 § 353 S. 468f.

[8]) Das Problem der Identität und der Neuheit, in Festgabe zum Doktorjubiläum Iherings, Breslau 1802, S. 29f., insbesondere S. 31.

neuen Forderungsrechtes mit dem alten an, sondern lediglich auf den Willen der Parteien, d. h. also auf den sogen. animus novandi. Von diesem soll im folgenden gehandelt werden.

Animus novandi.

Unter dem animus novandi ist nach der übereinstimmenden Definition der Pandektenlehrer[9]) die Absicht der Parteien — insbesondere des Gläubigers — zu verstehen, daß durch die neu zu begründende obligatio die bestehende aufgehoben werden solle. Über die Bedeutung dieses Erfordernisses sind sich die Juristen ebenfalls einig, nur bestehen verschiedene Ansichten darüber, in welcher Weise diese Absicht von den Parteien erklärt werden müßte.

Daß der animus novandi schon in ältester Zeit erforderlich gewesen sei,[10]) geht aus den Quellen hervor.[11]) Daher behauptet auch Brinz in seinen Pandekten Bd. 2 S. 387: „Soweit der Blick zurückreicht, ist einerseits animus novandi zur Novation notwendig und andererseits Stipulierung des alten Schuldgegenstandes ohne den animus novandi und ohne Novation möglich. Höchstens Vorliebe für Konsumtion und Novation läßt sich der älteren Zeit zuschreiben, da sie vielerlei Präsumtionen zugunsten derselben zuließ".

Diese Vorliebe für Novationen führte also im ältesten Recht dazu, daß die Absicht, zu novieren, auch wenn eine Erklärung der Parteien nicht vorlag, bei gewissen Rechtsgeschäften einfach gesetz-

---

[9]) Arndts § 268; Dernburg § 60; Puchta § 291; Sintenis § 105; Windscheid § 354.

[10]) v. Salpius (S. 187 f.) gibt das Erfordernis des animus novandi allerdings nur für die spätere Zeit zu. In der früheren Zeit habe die tilgende Wirkung der Novation lediglich auf der Fassung der Stipulationsformel beruht, die mit zerstörender Kraft ausgestattet gewesen sei, ohne daß es dazu eines ausdrücklich ausgesprochenen Parteiwillens bedurft hätte. Vgl. hierzu insbesondere Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 1901 Bd. 2 S. 740.

[11]) vgl. Windscheids (Pand. S. 477 Anm. 124) Polemik gegen die in Anm. 1 erwähnte v. Salpiussche Ansicht: „Wie sich der Verfasser an den gegen ihn sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwinden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen".

lich präsumiert wurde, und zwar schließlich vielfach auch dann, wenn eine Novation dem Zweck des Vertrages direkt zuwiderlief. So weit ging die Kraft dieser Präsumtionen, daß sie eben überall da Anwendung fanden, wo die Novationsabsicht nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Diesem Zustand machte nun Justinian[12]) ein Ende, indem er anordnete, daß der animus novandi fortan nicht mehr präsumiert werden dürfe, sondern daß der Eintritt der Novationswirkungen von der Erklärung des hierauf gerichteten Parteiwillens abhängen solle. Diese Bestimmung Justinians war jedoch nicht genügend präzisiert, um allen Kontroversen ein Ende zu machen; denn jetzt erhob sich nun wieder ein Streit darüber, ob die Erklärung über das Vorhandensein des animus novandi von den Parteien ausdrücklich ausgesprochen werden müsse, oder ob es zum Eintritt der Novationswirkungen genüge, wenn auf den Willen der Parteien, zu novieren, aus konkludenten Handlungen derselben geschlossen werden könne.

Verfasser möchte sich der von zahlreichen Juristen vertretenen Meinung[13]) anschließen, die besagt, daß eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi zum mindesten in späterer Zeit nicht erforderlich sei, sondern daß es genüge, wenn man auf den Novationswillen der Parteien aus konkludenten Handlungen schließen könne.

Fischer[14]) insbesondere führt aus, daß dieser Schluß auf das Vorhandensein der Novationsabsicht ohne weiteres dann bei fehlender ausdrücklicher Parteiverabredung zulässig sein muß, wenn der Eintritt der Novationswirkung dem Zweck des Vertrages entspricht.

Jedenfalls neigt auch die neuere Praxis dieser Auffassung zu,

---

[12]) l. 8 § 1 C. de nov. et deleg. 8, 41.

[13]) Diese Ansicht vertreten u. a. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 478; Fein, Beitr. zur Lehre von der Novation und Delegation, Jena 1850, S. 28 f.; Puchta, Pand. § 291 Anm. h S. 448; Unterholzner, Schuldverhältnisse 1840 Bd. 1 S. 628, 629. Die strengere Auffassung vertreten Sintenis, Zivilrecht Bd. 2 § 105 S. 462; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 619 S. 367 f.; Salkowski, Lehre von der Novation S. 259.

[14]) Das Problem der Identität und der Neuheit, Breslau 1892, S. 34, 35.

wie aus Entscheidungen des Reichsgerichts[15]) und anderer hoher Gerichte hervorgeht.

3. Die Wirkungen und Bedeutung der Novation im römischen Recht.

Ihre Wirkungen.

Als eine der besonderen Eigentümlichkeiten der Novation ist es anzusehen, daß sie in einem Akte zwei Wirkungen äußert: Aufhebung einer bestehenden obligatio und Begründung einer neuen. Wie wir aber oben ausgeführt haben, ist die an zweiter Stelle genannte Wirkung nur das Mittel zur Erreichung der ersten, die Aufhebung einer bestehenden Obligation also als die Hauptwirkung der Novation anzusehen. Aus diesem Grunde hat ja auch die Novation ihre Stellung unter den modis tollendi obligationem erhalten, von denen sie sich jedoch wiederum wesentlich unterscheidet. So hat sie zwar mit der solutio das gemein, daß sie wie jene die bisherige Forderung substantiell zerstört;[1]) während aber solutio eben Erfüllung der Schuld ist, stellt sich die Novation nur als Liberationsakt[2]) dar, als Konsumierung eines Schuldverhältnisses auf formellem Wege. In diesem Punkte ähnelt sie der acceptilatio und der litis contestatio. Aber während bei der acceptilatio und novatio die Konsumtionswirkung stets mit dem Willen des Gläubigers eintritt, also eine gewisse satisfactio desselben bewirkt, erfolgt die konsumierende Wirkung bei der litis contestatio stets unabhängig vom Willen des Gläubigers.[3])

---

[15]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 14 Nr. 52 S. 210 f.; ferner Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 175 u. 202 und Bd. 32 Nr. 220 u. a. m.

[1]) l. 54 D. de solut. et liberat. 46,3.

[2]) Salkowski a. a. O. S. 33 u. S. 269.

[3]) Einerseits würde aus diesem Grunde die Besprechung der litis contestatio als besondere Art der Novation — sofern man sie überhaupt als Novation ansehen will — über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen; andererseits kommt die litis contestatio nicht als Erlöschungsgrund, sondern als Umwandlung in Betracht. Vgl. Windscheid, Pand. § 356 S. 485; dagegen v. Salpius, Novation und Delegation S. 139 f.

Was diese eben erwähnte Satisfaktionswirkung der Novation anlangt, so unterscheidet sie v. Salpius (S. 195 f.) mit Recht von der Konsumtionswirkung. Er geht jedoch m. E. zu weit, wenn er diese Trennung nicht auf die Theorie beschränken, sondern sie auch praktisch bedeutungsvoll sein lassen will, indem er behauptet, die Satisfaktionswirkung sei im Gegensatz zur Konsumtionswirkung nicht unter allen Umständen ein notwendiger Bestandteil der Novation. Dieser Auffassung wendet sich m. E. mit Recht Salkowski (S. 271) entgegen mit der Behauptung, eine satisfactio liege schon ganz von selbst in der durch die Novationsstipulation mit dem Willen der Parteien herbeigeführten Konsumtion der bisherigen Forderung.

Bezüglich der Wirkung dieser Konsumtion ist zu erwähnen, daß dieselbe ipso iure eintritt und nicht erst durch das Mittel einer exceptio geltend gemacht zu werden braucht.[4]

Vielfach ist die Auffassung vertreten, daß die Novation als ein Surrogat der Zahlung, als in solutum datio aufzufassen ist. Gegen diese Auffassung wenden sich eine große Zahl von Juristen, unter anderen[5] auch Salkowski (S. 272 f.) und Windscheid (§ 353 Anm. 2). Die Novation bietet dem Gläubiger nur ein Erfüllungsäquivalent. Die Aufhebung der bestehenden Obligation ist lediglich eine Folge der Begründung der neuen Obligation, nicht dagegen eine Folge der Absicht, den Gläubiger durch die Konstituierung der neuen Obligation für die alte zu befriedigen.[6]

Bisher haben wir immer nur davon gesprochen, daß durch die Novation die bestehende Obligation konsumiert, zum Untergang gebracht wird. In welchem Umfange äußert sich nun diese Konsumtionswirkung? Es pflegt doch sehr häufig der Fall zu sein, daß eine Forderung nicht allein dasteht, sondern mit Privilegien oder akzessorischen Rechten ausgestattet ist. Werden diese nun ebenfalls durch die konsumierende Kraft der Novation zum

---

[4]) Dernburg, Pand. § 60; Windscheid-Kipp, Pand. § 353; Salkowski S. 268.

[5]) Kuntze, Die Obligation und Singularsukzession S. 190 f.; Römer, Die bedingte Novation S. 53.

[6]) vgl. hierzu insbesondere Windscheid-Kipp § 353 Anm. 2 und die daselbst angezogene Literatur.

Untergang gebracht, oder gehen sie auf die neue Forderung über? Die Entscheidung dieser Frage nach römischem Recht ist von größter Wichtigkeit, insonderheit für die Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung der Novation für unser modernes Privatrecht, wie wir im Verlauf dieser Abhandlung noch sehen werden; wir wollen daher die Wirkungen der Novation auf die Privilegien und Akzessorien der alten Forderung im einzelnen betrachten.

Bezüglich der Privilegien sagt l. 29 D. de novat. et deleg. 46, 2: „perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est". Diese Stelle läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß die Privilegien der alten Forderung mit dieser untergehen, zumal Salkowski (S. 281) die Behauptung v. Salpius' (S. 206), daß l. 17 D. de rebus auct. iudicis 42, 5 einen Widerspruch zu der zitierten Stelle enthalten soll, widerlegt hat. Auch Konkursprivilegien fallen der konsumierenden Wirkung der Novation zum Opfer.

Ferner wirkt die Novation stets auf den Zinsenlauf unterbrechend ein[7]: „novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt. (l. 18 D. 46, 2). Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob die Zinsen durch besondere Stipulation ausbedungen und daher mit besonderer actio ex stipulatu unabhängig vom Hauptanspruch einklagbar gewesen waren, oder ob sie, wie z. B. die gesetzlichen Zinsen, nur einen Teil des Hauptanspruchs bildeten und nur mit der auf diesen gerichteten Klage zusammen eingefordert werden konnten. Diese Unterbrechung des Zinsenlaufes beruht darauf, daß die Zinsforderung selbst dann, wenn sie auf selbständigem Zinsversprechen beruht, doch notwendigerweise immer nur ein Akzessorium des Hauptanspruchs sein kann und mithin dessen rechtliches Schicksal teilen muß.

Zweifellos fest steht in der juristischen Literatur die Wirkung der Novation auf den Verzug des Schuldners bezw. Gläubigers.

---

[7]) Salkowski a. a. O. S. 282 f.

So sagt Kniep[8]): „Die beiden einzigen Aufhebungsgründe der mora, welche das Corpus iuris enthält, sind Oblation und Novation". Es wird also, wie alle Juristen[9]) lehren, durch Novation die mora aufgehoben. Nur wie dies geschieht, darüber bestehen verschiedene Auffassungen. Eine Besprechung derselben würde jedoch dem im Thema vorgeschriebenen Zweck dieser Abhandlung widersprechen; ich begnüge mich also damit, auf die S. 13 Anm. 4 angeführte Literatur zu verweisen.

„Eine fernere Wirkung der Novation ist die, daß das für die bisherige Forderung bestellte Pfand befreit wird", sagt Salkowski S. 309, eine Behauptung, für welche die oben schon erwähnte l. 18 D. 46, 2 „novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus" unzweifelhaften Beweis liefert.

Der Grund[10]) für diesen Untergang der für die alte Forderung bestellten Pfänder ist darin zu suchen, daß sie akzessorische Rechte sind, wie aus den Quellen hervorgeht:

> „in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora".[11])

Nun lehrt aber Ulpian in l. 11 § 1 D. de pigner. actione vel contra 13,7: „novata autem debiti obligatio pignus peremit nisi convenit, ut pignus repetatur".

Dadurch wird also ausgedrückt, daß im allgemeinen zwar das Pfandrecht durch die Novation zum Erlöschen gebracht wird, daß aber die Parteien ebensogut übereinkommen können, es für die neue Forderung zu „repetieren". In diesem Abkommen liegt ja eigentlich eine Neubestellung[12]) des Pfandes für die neue Forderung; da aber gerade das debitum der prior obligatio in die posterior obligatio transferiert wird, so kann man wohl in diesem

---

[8]) Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche obligatio S. 34.

[9]) Salkowski a. a. O. S. 280 ff.; Römer, Die bedingte Novation S. 142 f. und die daselbst S. 160 Anm. 1 angeführte Literatur.

[10]) v. Salpius § 35 S. 260 f. stellt ein besonderes Prinzip für das Erlöschen der Pfänder auf.

[11]) l. 43 de solut. et liberat. 46, 3.

[12]) vgl. hierzu Schwartz, Das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im BGB., Diss. Göttingen 1902, S. 9 und insbes. Salkowski a. a. O. S. 312 f.

Falle unbedenklich von einem Fortbestehen des Pfandes sprechen. Darin liegt allerdings eine Durchbrechung des Novationsprinzips, die aber an sich noch keine Veränderung des Wesens der Novation darstellt, sondern nur eine Stufe in ihrem Entwicklungsgange bildet, der zur modernen Zession bezw. Schuldübernahme geführt hat. Daß nun die Annahme von dem Fortbestehen des Pfandrechts einer Berechtigung nicht entbehrt, ergibt sich aus der Behandlung des in dieser Weise „repetierten“ Pfandrechts. Es behält nämlich auch bei der neuen Obligation das Alter und die Stellung, die es bei der alten einnahm. Voraussetzung dazu ist allerdings, daß diese repetitio des Pfandrechts zugleich mit der Novation vorgenommen wird. Wird nämlich erst nach Abschluß des Novationsvertrages der für die alte Forderung verpfändete Gegenstand für die neue abermals verpfändet, so liegt ein ganz neuer Pfandbestellungsvertrag vor, und dieses Pfandrecht genießt nicht mehr die Priorität des früheren.

Als weitere Folge der konsumierenden Wirkung der Novation ist schließlich die Befreiung der Bürgen und Mandatoren zu erwähnen. Auch diese Wirkung der Novation auf die Verbindlichkeiten der Bürgen und Mandatoren ist ihrer akzessorischen Natur zuzuschreiben. Ob diese Befreiung ipso iure oder nur ope exceptionis wirkte, darüber bestand ein lebhafter Streit; die herrschende Meinung geht jedenfalls dahin, eine Befreiung ipso iure anzunehmen.

Damit sind die wesentlichsten Wirkungen der Novation erschöpft. Es bleibt nur noch übrig, ihre Bedeutung für das römische Recht klarzulegen. Daraus werden wir dann im Vergleich mit dem heutigen Recht ersehen können, ob die Bedeutung der Novation heute noch dieselbe ist wie früher, ob also die Regelung eines besonderen, der römischen Novation analogen Rechtsinstituts im System des heutigen Privatrechts vonnöten war oder nicht.

Die Bedeutung der Novation für das römische Recht.

Wie wir schon in der Einleitung erwähnt haben, hatte die Novation eine außerordentlich hohe Bedeutung im römischen Rechte. Ihrer praktischen Verwendung nach war sie geradezu un-

entbehrlich; diente sie doch in den mannigfaltigsten Anwendungsformen dazu, eine Reihe wirtschaftlicher Bedürfnisse zu befriedigen, die ohne das Institut der Novation bei der eigenartigen Struktur des römischen Obligationenrechts jeglicher rechtlichen Grundlage entbehrt hätten. Die ganz besondere Auffassung der Römer von der Obligation bedingt nämlich, wie eben angedeutet, in erster Linie die Hauptbedeutung der Novation für das römische Recht. Um diese Bedeutung voll würdigen zu können, müssen wir uns zunächst das Anwendungsgebiet der Novation vor Augen führen, indem wir feststellen, in welchen Arten sie im römischen Recht vorkam.

Die Römer unterschieden eine Novation mit Personenwechsel (novatio qualificata) und eine solche ohne Personenwechsel (novatio simplex). Entsprechend der doppelten Natur der obligatio,[13]) einer Berechtigung auf der Gläubigerseite = Forderung und der Verpflichtung auf der Schuldnerseite = Schuld, konnte sich die Novation mit Personenwechsel wiederum in doppelter Weise vollziehen, entweder unter Wechsel des Gläubigers oder unter Wechsel des Schuldners. Wir wollen uns zunächst mit dieser Novation mit Personenwechsel beschäftigen.

Da nun, wie oben erwähnt, die wirtschaftliche Bedeutung der Novation auf die besondere Auffassung der Römer von der obligatio zurückzuführen ist, so ist es für uns unerläßlich, etwas näher auf das Wesen der römischen Obligation einzugehen. Die Römer bezeichneten die Obligation als ein „iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". In dieser Definition zeigt sich die ganze Strenge der römischen Auffassung von der Obligation: Es ist das Bild des Gebundenseins, das uns in ihr wie auch schon in dem Wort „obligatio" entgegentritt.[14]) Das Schuldverhältnis beruht eben auf der persönlichen Rechtsbeziehung zwischen zwei Rechtssubjekten. „Die Persönlichkeit der Beteiligten prägt die Eigenart des einzelnen

---

[13]) vgl. Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. R. 3. Aufl. 1908 § 225 S. 566: „Das Forderungsrecht hat eine aktive Seite, die wir Forderung, und eine passive Seite, die wir Schuld nennen".

[14]) v. Czyhlarz, Lehrb. der Institutionen des römischen Rechts 7./8. Aufl. 1905 S. 142.

Schuldverhältnisses aus.[15]) Das ältere römische Recht hielt daher an dem Grundsatz fest, daß jede Schuldhaftung unabänderlich an die Person des durch Vertrag oder Rechtsverletzung bestimmten Schuldners und jede Forderung an die Person des ursprünglich eintretenden Gläubigers geknüpft war. Ein Wechsel des Schuldners oder Gläubigers galt für ausgeschlossen." Eine Ausnahme wurde nur im Falle der Universalsukzession zugelassen insofern, als der Erbe vollständig in die Rechtsstellung des Erblassers eintrat. Diese Ausnahme kann man aber ihrer Selbstverständlichkeit halber nur als eine die Regel bestätigende ansehen. Der Grundsatz der Unübertragbarkeit von Forderungen oder Schulden durch Rechtsgeschäft unter Lebenden blieb dagegen auch im späteren Recht bestehen, so daß ein Personenwechsel unter Erhaltung der Obligation begrifflich unmöglich war. Um nun den Anforderungen des wirtschaftlichen Verkehrs, der die Zulassung eines Wechsels der ursprünglichen Personen eines Schuldverhältnisses mit zwingender Notwendigkeit erheischte, gerecht werden zu können, blieb den Römern nur ein Mittel: die Novation.

Es mußte, um einen Wechsel in den Personen eintreten lassen zu können, das Schuldverhältnis zum Untergang gebracht und zwischen den neuen Personen von neuem begründet werden. Daher die Bedeutung der Novation als Tilgungsakt, als Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden.

Hinsichtlich des Gläubigerwechsels ist zu beachten, daß sich der Eintritt des neuen Gläubigers stets auf eine Überweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger an den neuen stützt; denn der Schuldner verspricht natürlich das, was er dem A schuldet, nur dann dem B, wenn er dadurch von seiner Verpflichtung dem A gegenüber befreit wird. Wir haben es also hier mit dem Erlöschen einer Forderung und ihrem Wiedererstehen in einer neuen Person zu tun.

Man pflegt diesen Vorgang im allgemeinen Aktivdelegation (delegatio nominis) zu nennen, eine Bezeichnung, die jedoch leicht

---

[15]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. 9. Aufl. 1903 Bd. 1 Teil 2 § 150 S. 861 f.

zu Mißverständnissen führen kann. Man ist nämlich geneigt, die Delegation als eine Unterart der Novation zu betrachten, und dies ist auch bis kurz vor v. Salpius die allgemeine Auffassung gewesen. Hauptsächlich v. Salpius hat dann in seinem (a. a. O.) genannten Werke Klarheit in die Auffassung von der delegatio im Verhältnis zur novatio gebracht. Eine Delegation ist nämlich nur dann auch Novation, wenn sie auf ein vorhandenes Schuldverhältnis Bezug nimmt, wenn also eine sogen. „titulierte“ Delegation vorliegt; denn nur beim Vorhandensein einer obligatio kann es sich ja um Novation handeln. Es sind also Aktivdelegation und Novation wohl zu unterscheiden: erstere fällt nur dann unter den Begriff der Novation, wenn die Anweisung auf ein bestehendes Schuldverhältnis Bezug nimmt.

Wie der entwickeltere Verkehr eine Loslösung der Forderung von der Person des ursprünglich Berechtigten erheischte, so war es auch der Fall bei der Schuld. Aber auch hier war es unmöglich, die Schuld einfach von dem A auf den B unter Aufrechterhaltung derselben zu übertragen; eine Schuldübernahme in unserem Sinne kannte das römische Recht nicht. Es mußte gleichfalls der Umweg der Novation gewählt werden. Die Schuld des A wurde zum Erlöschen gebracht und in B von neuem begründet. Hier zeigt sich die Novation in ihrer Bedeutung als Erlöschungsgrund für Schulden. Dieser Wechsel des Schuldners konnte in der Weise vor sich gehen, daß der neue Schuldner in der Novationsstipulation versprach, das zu bezahlen, was der alte dem Gläubiger schuldete. Hierzu war Einwilligung des alten Schuldners nicht erforderlich, natürlich aber die des Gläubigers. Diese Art der Novation nannte man expromissio.

In der Regel wird es aber der Fall gewesen sein, daß der alte Schuldner B den neuen C anwies, dem Gläubiger A das zu versprechen, was er (B) dem A schuldet. Diesen Vorgang nannte man Passivdelegation (delegatio debiti). Auch hier lag nur dann Novation vor, wenn die Anweisung auf ein bestehendes Schuldverhältnis wie in dem genannten Beispiel Bezug nahm.

Novation ohne Personenwechsel.

Welche Bedeutung für das wirtschaftliche Leben die eben behandelte Novation mit Personenwechsel im römischen Recht gehabt haben muß, erhellt ohne weiteres, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie in älterer Zeit das einzige Mittel war, um einen Wechsel in den ursprünglichen Personen eines Schuldverhältnisses zu ermöglichen. Nicht geringer war aber auch die Bedeutung der Novation ohne Personenwechsel. Denn wie die Personen der Berechtigten bezw. Verpflichteten, so wurde durch den Begründungsakt der Obligation auch ihr Leistungsinhalt unveränderlich fixiert. Eine Abänderung desselben irgendwelcher Art unter Aufrechterhaltung der Obligation war unmöglich. Da aber der wirtschaftliche Verkehr solche Abänderungen tausendfach erforderte, mußte es notgedrungen ein Mittel geben, um sie, wenn auch nur auf Umwegen, zu erreichen: Auch hier half einzig und allein die Novation. Die alte Obligation wurde durch Novation zum Erlöschen gebracht und gleichzeitig eine neue unter denselben Personen, und zwar, wie es die Novation erfordert, unter Wahrung des ursprünglichen debitum, aber eben mit den gewünschten Veränderungen, errichtet. Diese Veränderungen können verschiedenster Art sein[16]: Unterbrechung der Verjährung, Wegfall der Verzinsung, der Konventionalstrafen, der Bürgschaften oder Pfänder, Vernichtung der Mora u. a. m.

Ein weites Anwendungsgebiet hatte diese Art der Novation auch zu dem Zwecke, eine materiell charakterisierte Verbindlichkeit in eine abstrakte zu verwandeln. Daran konnte der Gläubiger mitunter ein großes Interesse haben, da ihm eine solche Ersetzung einer materiellen durch eine abstrakte Verbindlichkeit große prozessuale Erleichterung bot. Er schnitt damit alle Einwendungen des Schuldners mit Bezug auf die zugrunde liegende causa ab und ließ auch dem iudex keinen Spielraum zur Geltendmachung von Billigkeitsrücksichten. Aber auch der Schuldner war besser gestellt insofern, als durch die Stipulation seine Haftung auf eine

[16]) vgl. Salkowski a. a. O. S. 88.

bestimmte Summe fixiert wurde und der Gläubiger nicht nachträglich noch Zinsen oder andere Nebenleistungen geltend machen konnte.

Daß ferner in den ältesten Zeiten eine Bürgschaft in der Form der sponsio oder fidepromissio nur neben Stipulationsschulden eingegangen werden konnte, alle anderen Verbindlichkeiten zu diesem Zwecke also erst durch Novationsstipulation in Verbalkontrakte umgewandelt werden mußten, eröffnete der Novation wiederum ein großes Geltungsgebiet; allerdings verlor mit Einführung der fideiussio die Novation in diesem einen Punkte schon bald ihre Bedeutung.

Unentbehrlich war sie dafür wieder zur Erreichung des Schuldenerlasses durch acceptilatio. Durch diese konnten aber ebenfalls, gemäß des Prinzips des contrarius actus, nur Stipulationsschulden erlassen werden. Da aber, abgesehen von der solutio per aes et libram, die gleich der acceptilatio aus einer Erfüllungsförmlichkeit mit wirklicher Zahlung zur imaginaria solutio, einem formalen Erlaßvertrag, sich ausgebildet hatte, Schulden überhaupt nur durch acceptilatio mit zivilrechtlicher Wirksamkeit erlassen werden konnten, so ist daraus die hohe Bedeutung der Novation zur Erreichung des Schuldenerlasses leicht ersichtlich. Es hatte sich auf diese Weise allmählich eine besondere Formel, die nach ihrem Erfinder, dem Prätor Aquilius Gallus, benannte stipulatio Aquiliana, zu einer Art Generalquittung herausgebildet. Mit Hilfe dieser Formel wurden Schulden aller Art durch Novation in Stipulationsschulden umgewandelt und dann durch acceptilatio erlassen.

In mannigfachster Weise fand die Novation schließlich noch zu dem Zwecke Anwendung, Naturalobligationen in klagbare Verpflichtungen umzuwandeln. Im Beginn dieser Abhandlung haben wir ja schon erwähnt, daß nicht nur obligationes civiles, sondern auch naturales zur Novation tauglich sind,[17]) ohne an jener Stelle näher auf die wirtschaftliche Bedeutung dieser Möglichkeit einzugehen. Und doch zeigt sich hier die Novation in einer ihrer wesentlichsten Funktionen. Die Naturalobligationen nämlich,

---

[17]) l. 1 § 1 D. 46, 2 de novat. et delegat.

d. h. solche Verbindlichkeiten, denen meist nichts als die Klagbarkeit fehlte, waren im römischen Recht sehr häufig. Wurden nun solche Verbindlichkeiten noviert, so konnten sie dann auf Grund der bei der Novation abgeschlossenen Stipulation auch eingeklagt werden. Damit war die Möglichkeit zur Verhütung einer großen Rechtsunsicherheit geschaffen und der Novation wiederum ein ausgedehntes Anwendungsgebiet eröffnet.

Zweiter Teil.

Ist im heutigen Privatrecht ein besonderer novationsähnlicher Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden vonnöten?

Wir haben im vorliegenden Teile dieser Abhandlung das Wesen und die Wirkungen der Novation im römischen Recht kennen gelernt. Wir haben uns auch insbesondere mit ihrer praktischen Bedeutung beschäftigt und sind dabei zu der Überzeugung gekommen, daß im römischen Recht die Fixierung eines besonderen Erlöschungsgrundes für Forderungen und Schulden in Gestalt der Novation mit ihrem eigenartigen Charakter geradezu eine zwingende Notwendigkeit war. Wenn wir uns nun vergegenwärtigen, daß, wie niemand bestreiten wird, das so hoch entwickelte römische Recht gerade im Obligationenrecht seine höchste Vollkommenheit erreicht hat; wenn wir uns ferner vergegenwärtigen, daß bei der Rezeption des fremden Rechts die römische Lehre von den Obligationen fast lückenlos in unser deutsches Recht eingedrungen ist, so muß es uns um so mehr wundernehmen, daß wir im System unseres modernen Privatrechts vergebens nach einem Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden suchen, den wir mit der römischen Novation vergleichen könnten. Haben sich denn nun unsere wirtschaftlichen Verhältnisse im Vergleich zu denen des alten römischen Weltreiches so verändert, daß wir eines der römischen Novation analogen Rechtsinstituts nicht mehr bedürfen? Oder haben sich bei uns andere Institute herausgebildet, die uns einen Ersatz für die einst unentbehrlichen Funktionen der Novation gewähren?

Antwort auf diese Frage scheinen uns die „Motive zum

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches"[1]) zu geben: „Für die Nichtaufnahme von Bestimmungen über die Novation kommt in Betracht, daß dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führte, im wesentlichen durch die Vorschriften über die Zession (§§ 239 ff.) und über die Schuldübernahme (§§ 314 ff.) gedient wird"! „Anlangend aber diejenige Novation, bei welcher der Gläubiger und der Schuldner sich nicht ändern, so kann auch die Gültigkeit und Wirksamkeit eines derartigen Vertrages, wodurch die bisherige Verbindlichkeit durch eine andere zwischen denselben Personen ersetzt würde, in Gemäßheit der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Formfreiheit der Verträge (§ 91) füglich nicht bezweifelt werden; ebenso können die Parteien auch den Vertrag mit diesen oder jenen Wirkungen errichten. Allein, in welchem Sinne ein solcher Vertrag geschlossen worden ist, ist in jedem einzelnen Falle im Wege der Auslegung zu ermitteln. Hieraus ergibt sich auch die Entbehrlichkeit allgemeiner Vorschriften über diese zweite Art der Novation." „Jedoch wurde hierfür ein Ersatz für nötig erachtet, welcher in der Vorschrift des § 264 Satz 2, 3[2]) gegeben ist, wonach, wenn von den Parteien wirklich vereinbart ist, die alte Verbindlichkeit soll aufgehoben und durch eine andere vollkommen ersetzt werden, hierin die Vereinbarung einer Hingabe an Erfüllungsstatt zu finden sein soll, indem für die Leistung, welche dem Gläubiger nach der alten Verbindlichkeit gebührt, das Recht auf die aus der neuen Verbindlichkeit entspringende Leistung an Erfüllungsstatt eingeräumt und hingegeben erscheint."

Nach diesen Ausführungen zu urteilen, scheint also die Novation des römischen Rechts im System des heutigen Privatrechts durch andere Rechtsinstitute derart ersetzt zu sein, daß die besondere Regelung eines ihr analogen Instituts völlig überflüssig erscheinen mußte. Nun sind aber m. E. die Verfasser der Motive in ihren Behauptungen zu weit gegangen, was denn auch zahlreiche Anfeindungen ihrer Ausführungen zur Folge gehabt hat. Ich möchte nur auf die

---

[1]) Bd. 2 S. 78, 79.

[2]) Entspricht heute dem § 364 Satz 2 BGB.

„Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichsjustizamt",[3]) verweisen, und insbesondere auch auf L. Seuffert[4]) in „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches von Bekker und Fischer". Seuffert stellt hier die Behauptung der Motive, daß dem Bedürfnis, welches im römischen Recht zu einer Novation mit Wechsel des Gläubigers oder Schuldners führte, durch Zession und Schuldübernahme gedient werde, als nicht stichhaltig hin. Wir wollen darum untersuchen, ob in der Tat Zession und Schuldübernahme als vollwertiger Ersatz für die römische Novation mit Personenwechsel nicht anzusehen sind, und dabei von der Zession ausgehen.

Novation mit Gläubigerwechsel und Zession.

Wie wir oben ausgeführt haben, war im römischen Recht eine Übertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger unter Aufrechterhaltung der obligatio undenkbar; man bedurfte dazu des Umweges durch die Novation. Aber schon bald trat hier eine gewisse Lockerung in dem starren Prinzip der Unlösbarkeit einer Forderung von der Person des ursprünglich Berechtigten ein, nämlich dann, als es nach Zulassung von Prozeßstellvertretern gestattet war, Klagen durch dritte Personen anstellen zu lassen. Es wurde hierbei unter Erhaltung des Forderungsrechtes der Leistungsanspruch aus demselben in Gestalt einer von der eigentlichen Gläubigerklage abgeleiteten actio utilis auf einen Dritten, den Zessionar, zur Einklagung übertragen. Wohl zu beachten ist dabei, daß nur der Anspruch aus der Forderung, nicht die Forderung selbst übertragen wurde. Da bei diesem Vorgange eine Mitwirkung des Schuldners nicht stattfand, während dies bei der Novation mit Gläubigerwechsel erforderlich war, so ist es ganz natürlich, daß dieses Prozeßmandat (mandatum ad agendum in rem suam) manche Vorteile vor der Novation voraus hatte und deren Bedeutung hinsichtlich dieser Funktion wesentlich einschränkte. Zweifellos zu weit geht aber die Behauptung von v. Salpius

[3]) Bd. 2 S. 46 ff.
[4]) Heft 11 1889 S. 24.

(S. 432), daß es schon im justinianischen Recht eine Novation mit Veränderung des Gläubigers nicht mehr gegeben habe, sondern diese völlig durch das Prozeßmandat, die Zession, absorbiert sei. Gegenüber der, wenigstens anfänglich, sehr unsicheren Stellung des Prozeßmandatars bietet doch die Novation so viele Vorteile, daß sie zweifellos auch dann noch neben der Zession Anwendung gefunden hat, als diese sich schon in ausgebildeterem Stadium befand.

Dieses allmähliche Aufkommen des mandatum ad agendum in rem suam beweist uns, daß schon im justinianischen Recht der Gedanke an die Möglichkeit einer Forderungsübertragung auftauchte, ohne daß wir aber das Prozeßmandat in seiner anfänglichen Gestalt als echte Forderungsübertragung ansehen können. Doch bildet es den Übergang zu unserer modernen Zession, die sich aus diesem römischen Institut entwickelt hat. Viel weiter geht hierin Gide,[5] der sich in dieser Frage auffallend an v. Salpius anlehnt und in Übereinstimmung mit diesem die Ansicht, daß die Römer noch vor oder zum mindesten unter Justinian die Möglichkeit einer Forderungsübertragung schon gekannt haben, weit entschiedener vertritt, als es sonst in der modernen Rechtswissenschaft zu geschehen pflegt. Er behauptet nämlich folgendes[6]):

„L'aliénabilité des créances n'était pas seulement une nécessité logique; c'était aussi, chez les Romains plus encore que chez nous, une nécessité pratique. Chez nous, en effet, on peut contracter et stipuler par mandataire. Il en était autrement chez les Romains: celui qui stipulait, fût-ce par l'ordre et dans l'intérêt d'autrui, devenait créancier lui-même et pour son propre compte, et ce n'est qu'à l'aide d'un transfert que la créance pouvait passer ensuite du mandataire au mandant. Tont mandat de contracter entraînait donc à sa suite un transfert de créance. Déclarer impossible le transfert, c'eût été rendre impossible le mandat".

---

[5]) Paul Gide, Études sur la novation et le transport des créances en droit Romain, Paris 1879.

[6]) Gide a. a. O. S. 236/37.

Gide stellt damit geradezu die Behauptung auf, daß die Römer unsere moderne Zession schon gekannt haben müssen, da andernfalls bei der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung das ganze Institut des Mandats in der Praxis des römischen Rechts hätte unbrauchbar sein müssen.

M. E. läßt sich diese Behauptung aus zwei Gründen sehr energisch angreifen. Unterstellt man sie nämlich als richtig, wie sollte man dann eine hinreichende Erklärung für das Vorhandensein des mandatum ad agendum finden, das doch unbestritten gerade in der justinianischen Zeit eine so große Rolle spielte? Warum wäre es denn im älteren Recht nötig gewesen, erst diesen umständlichen Weg der Abtretung des bloßen Klagerechts ohne Übertragung des Forderungsrechts einschlagen zu müssen, wenn doch eine einfache Zession möglich gewesen wäre?

Also schon hieran muß die Behauptung Gides scheitern; denn es ist doch wohl undenkbar, daß neben dem mandatum ad agendum in rem suam in seiner älteren Gestalt schon die Zession bestanden haben konnte, die doch erst nach jahrhundertlangem Entwicklungsgange gewissermaßen als Frucht aus dem Prozeßmandat hervorgegangen ist!

Ferner begründet Gide in der oben zitierten Stelle seine Ansicht, die Römer hätten schon unter Justinian die Zession gekannt, mit der Behauptung, daß sie unter dem Zwange eines dringenden praktischen Bedürfnisses einfach unentbehrlich gewesen sei, da es ja ohne die Zession kein Mandat hätte geben können. Ein Grund, mit Notwendigkeit diese Schlußfolgerung ziehen zu müssen, ist aber m. E. nicht vorhanden; denn um die Forderung, die der Mandatar erworben hatte, auf die Person des Mandanten übertragen zu können, dazu hatte man ja im älteren römischen Rechte eben gerade die Novation. Der Verfasser möchte daher aus der Tatsache, daß die Römer das Mandat kannten, nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß sie deshalb auch die Zession kennen mußten, sondern vielmehr die Folgerung, daß die Novation mit Gläubigerwechsel auch zur Zeit des Aufkommens des Prozeßmandats noch praktisch in Anwendung blieb und erst nach Vollendung des Entwicklungsganges des mandatum ad agendum zur Zession ihre Bedeutung verlor. Diese Vollendung der Entwicklung der Zession

ist jedoch ein Produkt des modernen Rechts; sie konnte nämlich erst dann allmählich vor sich gehen, als die römische Auffassung von der Obligation mehr und mehr der deutschen weichen mußte. Im Gegensatz zum römischen Recht, nach dessen Auffassung die Obligation ein absolut unlösbares Band zwischen den ursprünglich beteiligten Personen knüpfte, legte das deutsche Recht das Hauptgewicht auf den Leistungsinhalt der Obligation. Es entwickelte sich im modernen Recht die Anschauung,[7] daß die Obligation ein von den jeweiligen Subjekten unabhängiges Verhältnis sei, daß sie wie körperliche Sachen nur einen „Wert“ bilde und die Anwendung sachenrechtlicher Grundsätze gestatte.

Endemann[8]) schildert diese Entwicklung folgendermaßen: „Mit der Entwicklung des gemeinen Rechts ist die Auffassung des Obligationenbegriffes realistischer geworden. Die rechtliche Bindung an die Person des Versprechensempfängers wie des Versprechenden trat in den Hintergrund; die Leistung, der vermögensrechtliche Erfolg, erschien als die Hauptsache. Galt dementsprechend die Forderung als rechtliches Mittel zur Erlangung eines Verkehrsgutes aus dem Vermögen des Schuldners, so stand nichts im Wege, daß die Obligation als ein von den Personen abgelöster Vermögenswert betrachtet und wie ein Vermögensgut abgetreten werden durfte“.

Eine Konsequenz dieser modernen Auffassung von der Obligation war also, wie gesagt, die Zulassung der Abtretung einer Forderung. Diese Anschauung hat sich jedoch erst ganz allmählich durchgerungen.

Brinz[9]) sieht den Übergang in der Verallgemeinerung des Prozeßmandats. „Als man nämlich dazu kam, eine Zession von Forderungen nicht erst im Mandat, sondern allmählich in jedem Geschäfte zu erblicken, welches die Intention einer unmittelbaren Hingabe der Forderung enthielt, und auf Grund desselben den Zessionar zwar nur utiliter, aber suo nomine klagen ließ, da war der Erwerber so gut wie Gläubiger.“

---

[7]) Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands 4. Aufl. 1906 § 54 S. 152.

[8]) Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 Teil 2 § 150 S. 861 f.

[9]) a. a. O. § 284 S. 392 f.

Die Entwicklung der Zession drängte also dahin, daß nicht mehr wie ursprünglich nur der Anspruch aus der Forderung, sondern die Forderung selbst, das Forderungsrecht, auf den Zessionar übertragen wurde. Damit ist die deutschrechtliche Auffassung, nach der die Zession eine Sondernachfolge in die Forderung bewirkt, zur Anerkennung gelangt. Wenn nun auch die römische Mandatstheorie selbst in der neueren Rechtslehre noch zahlreiche Vertreter gefunden hat, so ist doch schon im gemeinen Recht, vor allem aber in der modernen Gesetzgebung die Sukzessionstheorie zum Siege gelangt, nach der der Zedent aufhört, Gläubiger zu sein, und der Zessionar als neuer Gläubiger an seine Stelle tritt. Diese Auffassung wird sehr energisch vertreten, u. a. auch von Kipp,[10]) und ist jedenfalls in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen, das in § 398 Satz 2 [11]) sagt: „Mit dem Abschluß des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers".

Die Abtretung einer Forderung erfolgt nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 398—413) durch in der Regel formlosen, abstrakten Vertrag, der weder einer Mitwirkung des Schuldners noch einer Anzeige an ihn über die erfolgte Zession bedarf (§ 398 Satz 2). Da nun durch die Abtretung der Bestand des Schuldverhältnisses nach Umfang und Inhalt nicht betroffen wird, so geht die Forderung in demjenigen Zustand auf den Zessionar über, in dem sie sich zur Zeit der Abtretung befand, d. h. mit allen denjenigen Rechten, die dem Zedenten zur Sicherung der Forderung eingeräumt waren, z. B. Pfand-, Hypotheken-, Bürgschaftsrechten und Konkursprivilegien. Andererseits kann aber der Schuldner auch dem Zessionar alle die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404).

Wenn wir nun einen Vergleich ziehen zwischen unserer modernen Forderungsübertragung und der Novation mit Gläubigerwechsel des römischen Rechts, so können uns die großen

---

[10]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 329 Anm. 10 S. 335.

[11]) Satz 1 des § 398 lautet: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung)".

Unterschiede beider Rechtsinstitute nicht verborgen bleiben. Die heutige Zession vollzieht sich durch einen Vertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger, ohne daß es dazu irgendwie der Einwilligung des Schuldners bedarf; die Novation dagegen ist ohne Mitwirkung des Schuldners undenkbar. Bei der Zession bleibt das alte Schuldverhältnis unverändert bestehen, die Forderung geht mit allen Privilegien, akzessorischen Nebenrechten und Einreden auf den neuen Gläubiger über; bei der Novation dagegen wird die alte Obligation zum Erlöschen gebracht und in der Person des neuen Gläubigers von neuem begründet, aber so, daß der neuen Obligation weder die Rechte der alten zur Seite stehen noch auch daß sie mit Einreden aus der alten bekämpft werden könnte.

Bei diesen fundamentalen Gegensätzen sollte man also von einem Ersatz der Novation mit Gläubigerwechsel durch die moderne Zession reden können? Das ist doch wohl bei der großen Verschiedenheit beider Institute füglich unmöglich. Zu welchem Resultat kommen wir jedoch, wenn wir von der juristischen Konstruktion beider Institute absehen und nur ihren wirtschaftlichen Wert miteinander vergleichen?

Beide Institute dienen dazu, einen Wechsel in der Person des Gläubigers herbeizuführen, nur wird dieser gleiche Zweck durch die Zession in einer weit einfacheren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechenderen Weise erreicht als durch Novation.[12]) Denn bei der Zession haben nur zwei Personen, die beiden Gläubiger, mitzuwirken, während bei der Novation unbedingt auch der Schuldner zugezogen werden muß. Erklärt sich dieser nun mit der Übertragung der Forderung nicht einverstanden, promittiert also einfach dem neuen Gläubiger nicht, so ist die Abtretung eben nicht durchführbar; bei der modernen Zession dagegen ist es ganz gleichgültig, ob der Schuldner einwilligt oder nicht. Waren ferner für die Forderung Nebenrechte, z. B. Bürgschaften, Pfandrechte usw., bestellt, so gingen diese bei der Novation unter, es sei denn, daß bei den Pfandrechten deren Weiterbestehen auch für die neue

---

[12]) vgl. dazu Windscheid-Kipp a. a. O. § 355 Anm. 12 S. 472; Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 § 119 S. 303 f.; Mot. Bd. 2 S. 78.

Forderung ausdrücklich bei der Novationsstipulation ausgemacht worden war. Sonst mußten alle Nebenrechte für die neue Forderung von neuem wieder unter genauer Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten bestellt werden. Da nun der wirtschaftliche Wert einer Forderung häufig geradezu von den für sie bestellten Nebenrechten abhängt, deren Erhaltung also in der Regel im Interesse des Gläubigers liegen wird, so ist ohne weiteres einzusehen, wie umständlich doch das Novationsverfahren ist, wenn es diesen Erfolg erreichen will. Demgegenüber liegen die Vorteile der Zession, die die Forderung in ihrem ganzen Umfange bestehen und samt ihren Nebenrechten und Einreden übergehen läßt, klar auf der Hand. Ist deren Untergang aber gerade von den Parteien beabsichtigt, so läßt sich auch dieser Erfolg gemäß des Prinzips der Vertragsfreiheit ohne weiteres erreichen. Schließlich muß man auch noch berücksichtigen, daß die Zession den Übergang der Forderung unmittelbar herbeiführt, während die Novation denselben Erfolg nur mittelbar, unter Aufhebung der alten Obligation und Neubegründung derselben erreicht.

Danach können wir uns also der Erkenntnis nicht verschließen, daß derselbe Erfolg durch die moderne Forderungsübertragung weit schneller, bequemer und für beide Teile vorteilhafter erreicht wird als durch die römische Novation mit Gläubigerwechsel. Wenn wir nun also auch den Motiven darin nicht beistimmen können, daß die römische Novation mit Gläubigerwechsel in ihrer juristischen Konstruktion durch die Zession ersetzt sei, so besteht doch kein Zweifel für uns, daß dem wirtschaftlichen Wert nach die Novation durch die moderne Forderungsübertragung nicht nur ersetzt, sondern bei weitem überholt ist. Ein Erfolg, der früher eben nur durch ein Erlöschen der alten Obligation herbeizuführen war, kann heute unter Fortbestehen derselben ohne weiteres erreicht werden: Wir brauchen also im System unseres heutigen Privatrechts einen besonderen, der römischen Novation in der eben besprochenen Funktion analogen Erlöschungsgrund für Forderungen nicht mehr.

Novation mit Schuldnerwechsel und Schuldübernahme.

Der aktiven Seite eines Schuldverhältnisses (= Forderung) steht, wie schon oben erwähnt, eine passive Seite (= Schuld) gegenüber. Hat nun das römische Recht schon eine Sondernachfolge in die Forderung nicht zugelassen, um so weniger noch hat es sein starres Prinzip der Unlösbarkeit einer Obligation von ihren ursprünglichen Personen hinsichtlich der Schuld aufgegeben. Sollte im römischen Recht durch Vertrag ein Wechsel in der Person des Schuldners herbeigeführt werden, so war dies nur durch Novation,[13]) also Zerstörung einer Obligation durch Begründung einer neuen möglich. Im Laufe der Jahrhunderte hat jedoch diese strenge Auffassung des römischen Rechts eine völlige Umwandlung erlitten.

„Das heutige Recht“, sagt Windscheid,[14]) „erkennt an, daß durch Vertrag an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne.“ Windscheid hat hiermit die Zulässigkeit einer Schuldübernahme ausgesprochen und einem Rechtsinstitut Lebensfähigkeit zuerkannt, das noch im gemeinen Recht zu den umstrittensten Rechtsgebieten gehörte.[15]) Eine Änderung der strengen römischen Auffassung wurde hier durch die Verschmelzung der Novation mit dem constitutum debiti alieni herbeigeführt. Aus dieser Verschmelzung ist dann das moderne Institut der Schuldübernahme[16]) entstanden. Dazu gehörte aber eine jahrhundertelange Entwicklung. Denn kaum ein Rechtsgedanke hat sich so schwer Geltung zu verschaffen vermocht als gerade die Möglichkeit einer Sondernachfolge in die Schuld. Aber

---

[13]) Die Übernahme der Beklagtenrolle durch einen Dritten ist nicht als Schuldübernahme aufzufassen, da hieraus eine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger nicht erwuchs. Vgl. dazu Windscheid-Kipp a. a. O. § 338 Anm. 2 S. 368.

[14]) a. a. O. § 338 S. 369.

[15]) vgl. insbesondere die Schriften von Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden, und Kuntze, Die Obligation usw. S. 304—341.

[16]) vgl. hierzu Leonhards Referat in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 26 (n. F. Bd. 11) S. 312/13 u. 325/26.

wenn man die Möglichkeit einer Forderungsübertragung, also einer Sondernachfolge in die aktive Seite der Obligation zugelassen hat, warum sollte man dasselbe Zugeständnis nicht auch der passiven Seite durch Zulassung einer Schuldübernahme, und zwar mit voller Befreiung des alten Schuldners machen? Allerdings muß hier die Wirksamkeit dieses Vertrages zwischen altem und neuem Schuldner stets von der Einwilligung des Gläubigers abhängig gemacht werden. Denn wenn auch bei der Zession der Schuldner kaum irgendwie von dem Wechsel des Gläubigers betroffen werden dürfte, so kann es andererseits bei der Schuldübernahme dem Gläubiger nicht gleichgültig sein, welche Person er als Schuldner hat. Macht man nun aber dem Schuldübernahmevertrag das Zugeständnis, daß er nur bei Einwilligung des Gläubigers wirksam sein soll, so bestehen m. E. kaum noch Bedenken, die Schuldübernahme als Sondernachfolge in die Schuld entsprechend der Zession als Sondernachfolge in die Forderung zuzulassen.[17]) Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet jedenfalls die Sondernachfolge in die ihrem Rechtsbestande nach unverändert fortbestehende Schuldverpflichtung, indem es in § 414 bestimmt:

„Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt“.

Diese Schuldübernahme kann sich jedoch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch in einer anderen Weise vollziehen, die in Satz 1 des § 415 geregelt ist: „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab“.

In jedem Falle ist also die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich. Man muß nun im Bürgerlichen Gesetzbuch die zwei Arten der kumulativen und privativen Schuldübernahme unterscheiden. Im Rahmen dieser Abhandlung kann es sich jedoch nur um die privative Schuldübernahme handeln; denn nur sie kommt als Ersatz für die Novation mit Schuldnerwechsel in Betracht, bei der ja ebenfalls der alte Schuldner befreit und der neue an seine Stelle gesetzt wird.

---

[17]) vgl. dazu Regelsberger in Endemanns Handb. d. HR. Bd. 2 § 257 S. 533 f., 536.

Gemäß dem Sukzessionsprinzip geht die Schuld in ihrem Bestande zur Zeit des Übernahmevertrages auf den Übernehmer über. Dieser behält also alle dem bisherigen Schuldner zustehenden Einwendungen gegen den Gläubiger, nur darf er nicht mit Forderungen des alten Schuldners aufrechnen, da er ja dann die Schuld nicht aus dem eigenen Vermögen, sondern aus dem des bisherigen Schuldners tilgen würde; auch Einwendungen aus dem Übernahmevertrag zwischen altem und neuem Schuldner darf dieser dem Gläubiger nicht entgegensetzen.

Die zur Sicherung des Gläubigers für die Forderung bestellten Nebenrechte bleiben ebenfalls in der Regel durch die Schuldübernahme unberührt, nur ausnahmsweise erleidet das Prinzip der Sukzession eine Durchbrechung [18]) insofern, als Konkursprivilegien niemals und Pfand- und Bürgschaftsrechte nur dann übergehen, wenn der Bürge oder der Eigentümer der verpfändeten Sache in die Schuldübernahme einwilligt.

Auch hier sehen wir aus dieser kurzen Betrachtung der modernen Schuldübernahme, daß sie zweifellos, ähnlich wie die moderne Zession im Vergleich zur Novation mit Gläubigerwechsel, von der römischen Novation mit Schuldnerwechsel juristisch zwar grundverschieden ist, daß sie aber denselben Erfolg wie die Novation in einer Weise erreicht, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen weit mehr entspricht als bei jener. Die Novation läßt die Schuld samt ihren Einreden und Nebenrechten untergehen, während bei der Schuldübernahme die alte Schuld sowohl als auch ihre Einreden und in der Regel alle Nebenrechte bestehen bleiben und auf den neuen Schuldner übergehen, ein Erfolg, der regelmäßig den Parteiintentionen entsprechen wird. Wenn wir also auch, ähnlich wie oben bei der Zession, feststellen müssen, daß die römische Novation mit Schuldnerwechsel ihrer juristischen Konstruktion nach durch die moderne Schuldübernahme nicht ersetzt wird, so müssen wir doch andererseits anerkennen, daß vom rein wirtschaftlichen Standpunkt aus die moderne Schuldübernahme der Novation bei weitem vorzuziehen ist. Der wesentlichste Vorteil der Schuldübernahme, der eben darin besteht, daß sie einen

---

[18]) Engelmann a. a. O. § 84 S. 240.

Wechsel des Schuldners auf direktem Wege unter Aufrechterhaltung der Obligation ermöglicht und im Gegensatz zum römischen Recht nicht mehr eine Tilgung der Obligation und Neubegründung erfordert, läßt auch hier das oben bei der Zession gefundene Resultat als berechtigt erscheinen, daß wir nämlich heute eines besonderen novationsähnlichen Erlöschungsgrundes für Schulden nicht mehr bedürfen.

Veränderungen der Obligation, Erlaßvertrag und Naturalobligationen.

Bisher haben wir zu beweisen versucht, daß es im heutigen Recht zur Herbeiführung eines Wechsels in den Personen eines Schuldverhältnisses eines besonderen, der römischen Novation analogen Rechtsinstituts nicht bedarf. Damit ist der wesentlichsten Funktion der Novation des römischen Rechts ihre Bedeutung für das heutige Recht genommen. Da aber im römischen Recht auch Novationen ohne Personenwechsel mit bloßer Veränderung des Inhalts der Obligation eine große Rolle spielten, so müssen wir nunmehr auch die Bedeutung dieser Funktion für das heutige Recht prüfen, um nachweisen zu können, ob zur Erreichung der Zwecke, denen im römischen Recht die Novation ohne Personenwechsel diente, im heutigen Recht ein dieser Novation ähnliches Institut und damit ein besonderer Erlöschungsgrund für Obligationen vonnöten ist oder nicht. Wie wir oben (S. 20) ausgeführt haben, konnten im römischen Recht Veränderungen des Inhalts einer Obligation nur durch Novation bewirkt werden, also dadurch, daß die alte Obligation zum Untergang gebracht und von neuem begründet wurde. Abänderungen durch nachträgliche Verträge unter Aufrechterhaltung der Obligation waren nicht möglich. Zwar gelangte man allmählich dazu, die bei einem bonae fidei negotium in continenti abgeschlossene pacta als mit dem Hauptanspruch einklagbar anzuerkennen nach dem Grundsatz: bonae fidei iudiciis pacta adjecta insunt. Auf nachträglich hinzugefügte pacta hat man jedoch diesen Grundsatz, wie Merkel[1])

[1]) Merkel, Der römischrechtliche Begriff der novatio, Diss. Straßburg 1892, S. 135.

zutreffend bemerkt, nicht angewandt; bei stricti iuris negotia vollends konnte von der Zulassung dieser Rechtsregel gar keine Rede sein.

Als dann im gemeinen Recht allmählich der Grundsatz der Einklagbarkeit aller Verträge und Verabredungen der Parteien sich Bahn brach, da brauchte man, um die Abänderung eines bestehenden Vertrages herbeizuführen, nicht mehr den Umweg der Aufhebung und Neubegründung einzuschlagen; es wurde nun nicht mehr durch Novation die alte Obligation zum Erlöschen gebracht und die neue mit den gewünschten Veränderungen begründet, sondern die alte Obligation wurde unter Erhaltung derselben einfach durch Parteivereinbarung in der gewünschten Weise abgeändert. Diese Grundsätze sind auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen[2]): „Wir[3]) können daher heute unzweifelhaft eine bestehende Forderung ohne Aufhebung ihrer Identität abändern, und in der Regel wird die Parteiabsicht dahin gehen, daß die Forderung nur unbeschadet ihrer Identität abgeändert werden soll". Somit können wir heute das Ziel der Abänderung einer Obligation auf direktem Wege durch einfachen Vertrag erreichen und brauchen den Umweg der Aufhebung und Neubegründung nicht mehr einzuschlagen.

Auch zum Abschluß eines Erlaßvertrages ist im heutigen Recht nicht mehr, wie im römischen Recht zur Ermöglichung einer acceptilatio, Umwandlung in eine bestimmte Vertragsart erforderlich. Das moderne Obligationenrecht ist grundsätzlich auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit und Formfreiheit[4]) aufgebaut; so können denn auch Schuldverpflichtungen jeglicher Art durch formlosen Vertrag gemäß § 397 BGB. erlassen werden, und damit ist, wie Merkel[5]) sagt, „der ganze kunstvolle Umweg mittels der stipulatio Aquiliana durch die Novation zur Akzeptilation sinnlos geworden".

Was nun die Bedeutung der Novation im römischen Recht zum Zwecke der Umwandlung einer obligatio naturalis in eine

---

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 § 119 II S. 303; § 305 BGB.

[3]) Enneccerus a. a. O. § 298 S. 756.

[4]) Endemann a. a. O. § 101 S. 594 f.

[5]) Merkel a. a. O. S. 105.

obligatio civilis anlangt, so kann auch diese Funktion die Notwendigkeit der Regelung eines besonderen novationsähnlichen Erlöschungsgrundes für Forderungen und Schulden im System des heutigen Privatrechts nicht begründen; denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten als eine besondere Kategorie von Obligationen nicht aufgenommen.[6]) Allerdings kommen ja auch im Bürgerlichen Gesetzbuch einzelne klaglose Obligationen vor, die man nach römischem Vorbild als natürliche Verbindlichkeiten bezeichnet hat. Aber einerseits sind diese Verbindlichkeiten zum Teil so sehr vom Gesetze mißbilligt, daß es ihnen nicht nur Klage und Aufrechnung versagt, sondern auch jede für sie bestellte Bürgschaft und nicht minder jede andere auf sie gebaute Schuld für unwirksam erklärt, ihnen also jegliche Novationsfähigkeit aberkennt;[7]) andererseits kann der im römischen Recht durch Novation erreichte Erfolg bei denjenigen unvollkommenen Verbindlichkeiten des Bürgerlichen Gesetzbuches, die mit diesem Makel nicht behaftet sind, durch Anerkenntnis, Bürgschafts- oder Pfandbestellung erreicht werden. Daß diesem Anerkenntnis übrigens Wesen und Wirkung der römischen Novation eigentümlich sein können, darauf werden wir an anderer Stelle noch zu sprechen kommen. Hier wollen wir nur feststellen, daß gerade dieser Umstand, daß das Anerkenntnis einer natürlichen Verbindlichkeit auch im heutigen Recht Novationscharakter haben kann, die Regelung eines besonderen Instituts als Ersatz für diese Funktion der Novation des römischen Rechts überflüssig macht.

Novation und abstrakte Verträge.

Abgesehen von Veränderungen in den Personen oder Nebenbestimmungen eines Anspruchs war die Novation im römischen Recht noch bedeutungsvoll hinsichtlich von Änderungen der Natur eines solchen. Mit Hilfe dieser Novation konnten Schuldverhältnisse aller Art, insonderheit auch alle materiell individualisierten Verträge in abstrakte, leicht klagbare verwandelt werden. Die Vorteile solcher Umwandlungen waren, wie wir oben (S. 20) dar-

[6]) Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 § 289 S. 174 f.

[7]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 § 3 S. 11.

gelegt haben, sehr groß. Füglich dürfen wir ihren praktischen Wert auch für das heutige Recht nicht bezweifeln und wollen darum untersuchen, ob nicht etwa das Fehlen der Novation im heutigen Recht die Ermöglichung einer solchen Umwandlung ausschließt.

Gibt es denn aber heute überhaupt noch abstrakte Verträge? Die Römer hatten ja, wie wir wissen, in der Stipulation den ausgeprägtesten Typus eines abstrakten Vertrages mit allen den Vorteilen, die ein solcher dem klagenden Gläubiger bot. Als aber die exceptio non numeratae pecuniae eingeführt worden war und kraft derselben dem Gläubiger, gegen den sie geltend gemacht wurde, die Beweispflicht dafür auferlegt wurde, daß er die dem Stipulationsversprechen des Schuldners zugrunde liegende Leistung auch wirklich bewirkt habe, da war mit dieser Berücksichtigung der causa der Stipulation ihre rein abstrakte Natur genommen.

Im gemeinen Recht ging man dann im Gegensatz zum älteren deutschen Recht noch weiter, indem man annahm, daß eine sogen. cautio indiscreta, d. h. eine Stipulationsurkunde, die den Bestimmungsgrund für die Verpflichtung des Schuldners nicht angab, kein genügender Klaggrund sei, wenn nicht der Gläubiger auch das Vorhandensein der dem Verpflichtungswillen des Schuldners zugrunde liegenden causa nachwies. Damit war das Prinzip der Ablehnung abstrakter Verträge ausgesprochen.

Mochte nun auch diese Abneigung gegen abstrakte Verträge im gemeinen Recht ihre guten Gründe haben, sicher ist, daß man auf die Dauer im praktischen Rechtsleben nicht ohne sie auskommen kann. Das erkannte man wohl auch, doch waren die Bedenken, die gegen die Zulassung der abstrakten Verträge wegen ihrer Gefahren für die Rechtssicherheit geltend gemacht wurden, so bedeutend, daß sie sich nicht so leicht zerstreuen ließen. Erst Bähr verschaffte in seinem Werke „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ in richtiger Erkenntnis der Unentbehrlichkeit des abstrakten Schuldversprechens diesem wieder die Geltung, die es schon im älteren römischen Recht gehabt hatte. So ist denn der abstrakte Vertrag auch in das Bürgerliche Gesetzbuch eingedrungen; denn § 780 erkennt die Gültigkeit von Verträgen an, deren Leistungsversprechen selbständig eine Verpflichtung begründet und unabhängig von

seinem Bestimmungsgrunde — causa — geltend gemacht werden kann.

Somit haben wir also unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Möglichkeit, abstrakte Verträge abschließen zu können, die ja, wie wir S. 6 f. dieser Abhandlung nachgewiesen haben, allein Novationen herbeiführen können. Damit wäre nun die Möglichkeit eines Ersatzes der Novation im heutigen Recht gegeben, wenn ihr nicht noch ein schwerwiegender Einwand entgegenstände.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch ist beherrscht von dem Prinzip der Formfreiheit der Verträge. Ist nun nicht die bei der römischen Stipulation vorhandene und zur Wirksamkeit auch absolut erforderliche formelle Natur derselben ein so notwendiges Attribut des Novationsvertrages, daß durch unseren formlosen Vertrag niemals novationsähnliche Wirkungen erzeugt werden können? Man hat diese Frage vielfach bejaht und daraus dann notgedrungen die Konsequenz ziehen müssen, daß im heutigen Recht eine Novation undenkbar sei, weil es eben keine Stipulation mehr gebe. Nun wollen wir uns aber fragen: Weshalb haben denn die Römer die Stipulation zur Novation benutzt? Die Antwort auf diese Frage haben wir schon auf S. 7 gegeben: Weil zur Novation nur ein abstrakter Vertrag tauglich sein kann. Die Zahl der abstrakten Verträge im römischen Recht war jedoch sehr beschränkt; nur Literal- und Verbalkontrakte besaßen die Fähigkeit, selbständig, mit Abstrahierung von der zugrunde liegenden causa, eine Verpflichtung zu begründen. Da jedoch der Literalkontrakt bald verschwand, blieb nur mehr die Stipulation als geeignet zur Novation zurück. Allerdings war nun die Stipulation ein streng formeller Kontrakt; aber nicht dieser Formalität wegen nahmen die Römer die Stipulation zur Novation, sondern ihrer Abstraktheit wegen. Nicht die Form schafft ja die Novationswirkungen, sondern der abstrakte Novationswille. Wir können uns deshalb Windscheid[8]) unbedenklich anschließen, wenn er sagt: „Die Rechtsordnung verleiht die Verselbständigungskraft nicht der Form als solcher, sondern dem in dieser Form ausgedrückten Verselb-

---

[8]) a. a. O. Bd. 2 § 318 Anm. 3 S. 291.

ständigungswillen, und warum sollte sie diese Kraft bloß dem förmlich ausgedrückten Willen verleihen können?“ Die Antwort hierauf liegt in der Frage selbst, und sie berechtigt Windscheid[9]) zu der Schlußfolgerung: „Einer Form bedarf der Novationsvertrag nach heutigem Recht so wenig wie ein anderer Vertrag“.

Novatio simplex und das Versprechen an Erfüllungsstatt.

Haben wir nun also für das moderne Privatrecht dem abstrakten Vertrag die Fähigkeit, novationsähnliche Wirkungen zu erzeugen, zuerkannt, so wollen wir uns nunmehr im Bürgerlichen Gesetzbuch nach Bestimmungen umsehen, die als Ersatz der römischen novatio simplex in ihrer Funktion zur Umwandlung einer materiell-individualisierten in eine abstrakte Verbindlichkeit in Betracht kommen könnten. Wir müssen dabei natürlich, dem Wesen der Novation entsprechend, unter den Erlöschungsgründen für Obligationen suchen. Die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bd. 2 S. 79) erleichtern uns diese Aufgabe, indem sie die unter dem Titel „Erfüllung“ stehende Bestimmung des § 364 Satz 2 als Ersatz der novatio simplex bezeichnen. Diese Bestimmung lautet: „Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt“.

Es handelt sich hierbei in der Regel darum, daß der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem ein schon bestehendes oder neu zu begründendes Forderungsrecht überweist. Dabei sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

1. Die neue Forderung tritt akzessorisch neben die erste, so daß der Gläubiger nunmehr zwei Forderungsrechte hat. Das Verhältnis dieser beiden Forderungsrechte gestaltet sich nach Crome[10]) so, daß der Gläubiger zunächst aus dem neuen Befriedigung zu erlangen suchen muß; erst wenn er sie hieraus nicht erlangt, darf er auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen.

---

[9]) a. a. O. Bd. 2 § 364, 1 S. 473.
[10]) System d. bürgerl. R. 1902 Bd. 2 § 187 S. 265.

2. Das neue Forderungsrecht hebt das alte auf, so daß der Gläubiger sich nur aus jenem befriedigen kann. Hier wird das neue Forderungsrecht an Erfüllungsstatt hingegeben.

Für die Frage, ob in § 364, 2 ein Ersatz für die alte novatio simplex zu erblicken sei, kommt natürlich nur dieser zweite Fall in Betracht, da es ja zu den Begriffserfordernissen der Novation gehört, daß die alte Forderung durch die neue zum Erlöschen gebracht wird.

Bietet nun die Hingabe an Erfüllungsstatt in der Tat einen vollen Ersatz für die novatio simplex? Dies kann ja nur dann der Fall sein, wenn beide Institute zum mindesten in ihrem wirtschaftlichen Werte übereinstimmen. Ihrer juristischen Struktur nach sind sie ja zweifellos ganz verschieden; denn während bei der Leistung an Erfüllungsstatt die alte Schuld völlig getilgt wird, findet bei der Novation nur eine Übertragung des debitum der alten Obligation in die neue statt. Auf diesen Unterschied weist insbesondere Dernburg[11]) hin mit folgenden Worten: „Die Novationen sind auch keineswegs als Leistung an Erfüllungsstatt zu denken, wenn auch § 364 Abs. 2 darauf hinzuweisen scheint. Denn es fällt schwer in das Gewicht, daß sich im Falle der Novation das Kreditverhältnis fortsetzt und nicht wie bei Leistung an Erfüllungsstatt schlechthin getilgt wird“.

Unter demselben Gesichtspunkt statuiert auch Crome[12]) einen wesentlichen Unterschied zwischen Novation und Leistung an Erfüllungsstatt; außerdem schließen sich noch eine große Zahl anderer Juristen[13]) dieser Auffassung an. Während also die Leistung an Erfüllungsstatt immer eine materielle Befriedigung des Gläubigers bewirkt, kann dies die Novation wohl tun, muß es aber nicht und wird es auch in der Regel nicht. Darum kommt Hruza[14]) zu dem Schluß: „Die Novation ist also niemals datio in solutum im technischen Sinne; sie fällt nur unter Umständen, wie die Leistung an Zahlungsstatt immer, unter den Gesichtspunkt der

---

[11]) Das bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 § 119 S. 303.

[12]) System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 § 188 S. 269.

[13]) v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung S. 86 f.; vgl. auch die bei Windscheid-Kipp § 353 Anm. 2 S. 468 Angeführten.

[14]) Zur Lehre von der Novation S. 144—149.

Satisfaktion". Wenn wir mithin die Leistung an Erfüllungsstatt rein juristisch nicht für einen Ersatz der novatio simplex ansehen können, müssen wir darum das Vorhandensein einer Lücke in unserem Rechtssystem feststellen?

Dieser Schluß hat zwar eine logische Berechtigung für sich, ist aber bei näherer Betrachtung vielleicht doch zu verwerfen. Sieht man nämlich von den unmittelbaren Folgen dieser Fortsetzung des Kreditverhältnisses im Falle der Novation ab, die sich in der Möglichkeit gewisser Einreden gegen das novationsweise begründete Forderungsrecht dokumentieren (vgl. § 762 BGB.), so laufen doch im Effekt beide Institute auf dasselbe hinaus: Tilgung eines bestehenden Forderungsrechts und Gewinnung eines neuen an Stelle desselben. Nur tritt dabei technisch, wie Crome (S. 269) sagt, im heutigen Recht die Schuldumwandlung hinter dem Versprechen an Erfüllungsstatt im Sinne des § 264 Abs. 2 sehr zurück. Wenn sich also zwei Parteien heute in einer Lage befinden, in der die Römer zur Novation ihre Zuflucht genommen hätten, so würde heute in den weitaus meisten Fällen eine promissio in solutum den Parteiinteressen am besten dienen. Daher behauptet Oertmann[15]): „Soll aber letzteres (nämlich die novatorischen Wirkungen) eintreten, so wird der Gesichtspunkt der Hingabe an Zahlungsstatt dem Interesse der Parteien vielfach am nächsten liegen". Freilich soll damit nicht gesagt sein, daß nun in allen Fällen diese stärkere Wirkung der promissio in solutum den Parteiwünschen entsprechen würde. Aber auch den selteneren Fällen, in denen diese Wirkung nicht erwünscht ist, trägt Oertmann Rechnung, indem er in der oben zitierten Stelle fortfährt:

„Denkbar ist es aber trotz alledem auch in Zukunft, daß die Parteien im neuen Versprechen einen Schuldumwandlungsakt nach Art der alten Novation vollziehen sollen; sie können das tun, indem sie die zwei Akte des Erlasses der alten und des abstrakten Versprechens der neuen Schuld in eine kausale Verknüpfung bringen". Dieser Behauptung, daß Novationen auch im heutigen Recht möglich sind, wollen wir uns voll und ganz anschließen. Warum aber sollen diese Wirkungen nur durch

---

[15]) Das Recht der Schuldverhältnisse 1899 S. 96.

Verschmelzung zweier Verträge erreicht werden können? Wenn der übereinstimmende Wille der Parteien darauf gerichtet ist, einen Vertrag mit Novationswirkungen auszustatten, so müssen sie zur Erreichung dieses Erfolges m. E. nicht erst eine Verschmelzung zweier getrennter Verträge vornehmen, sondern sie können diesen Erfolg kraft des Novationswillens auf direktem Wege erreichen. Denn da ja das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Prinzipe der Vertragsfreiheit beherrscht wird, so können nach allgemein herrschender Anschauung[16]) nach dem Belieben der Parteien Novationsverträge abgeschlossen werden, sofern sich die Parteien dabei nur innerhalb der durch den eigenartigen Charakter der Novation selbst gesteckten Grenzen halten. Es darf daher nicht bezweifelt werden, daß nach diesem Grundsatz der Vertragsfreiheit die Parteien die gemäß den Bestimmungen des § 364 Satz 2 geschlossenen Verträge in ihren Wirkungen derartig modifizieren können, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht schon bei Statuierung des neuen Leistungsversprechens eintreten, sondern nach den Vorschriften der Novation erst in Aussicht gestellt werden, der Gläubiger also durch das neue Forderungsrecht wie bei der Novation nur ein Erfüllungsäquivalent erhalten soll. Können wir also alle im heutigen Recht vorkommenden Fälle, die im römischen Recht den Abschluß einer novatio simplex erfordern würden, teils unter die eigentliche Leistung an Erfüllungsstatt des § 364 Abs. 2 einreihen, teils unter eine Kategorie von Verträgen, die der Leistung an Erfüllungsstatt des § 364 Abs. 2 ähnlich und nur in ihren Wirkungen modifiziert sind, so können wir wohl behaupten, daß dem Bedürfnis des römischen Rechts, das zur novatio simplex führte, im heutigen Recht durch die Bestimmungen des § 364 Abs. 2 völlig genügt ist. Das Fehlen von besonderen Bestimmungen über die Novation hinterläßt also auch hinsichtlich dieser eben behandelten Bedeutung als novatio simplex im heutigen Recht keine Lücke.

---

[16]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. § 19; Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 78 f.; Kuhlenbeck, Das BGB. Bd. 1 S. 298; Planck, BGB. nebst EG. Bd. 2 S. 144.

Welche Schlußfolgerungen müssen wir aus dem praktischen Vorkommen der Novation im heutigen Rechte ziehen?

Wir haben bisher nachzuweisen versucht, daß zur Erreichung der Zwecke, die im römischen Recht nur durch die Novation erreicht werden konnten, im heutigen Recht eine Reihe von Rechtsinstituten zur Verfügung steht, mit deren Hilfe die erwähnten Zwecke nicht nur bequemer, sondern auch sicherer und in einer den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechenderen Weise erreicht werden können. Wir haben aber weiterhin festgesetzt, daß auf Grund des Prinzips der Vertragsfreiheit und der Anerkennung der abstrakten Verträge auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches noch Novationen möglich und denkbar sind und auch manchmal den Parteiverhältnissen vielleicht am dienlichsten sein mögen. Es kann uns auch nicht verborgen bleiben, daß in der Praxis in der Tat mitunter Verträge vorkommen, die einen novationsartigen Charakter tragen. Darum wollen wir zum Schluß unserer Abhandlung noch kurz untersuchen, ob sich nicht etwa aus solchen speziellen, praktischen Fällen die Notwendigkeit einer Regelung der Novation als besonderen Rechtsinstituts im heutigen Privatrecht ergibt.

Wir wollen dabei von dem abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis der §§ 780 ff. BGB. ausgehen. Ist ein solches Anerkenntnis mit Bezug auf eine zugrunde liegende andere Verpflichtung, z. B. eine Kaufgeldschuld, gegeben, so kann in dem abstrakten Anerkenntnis zweifellos eine Novation liegen. In der Regel wird dies aber nicht der Fall sein, sondern das Anerkenntnis wird nur „erfüllungshalber" gegeben sein, also akzessorisch neben die bestehen bleibende Hauptverbindlichkeit treten; es besteht für diese Auffassung sogar die gesetzliche Präsumtion des § 364 Abs. 2. Ist jedoch ausdrücklich bedungen, daß die alte Verbindlichkeit untergehen soll, so liegt m. E. kein Grund vor, weshalb man die neue Verbindlichkeit nicht einfach der datio in solutum subsumieren sollte.

Ähnlich verhält es sich, wenn zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers für eine bestehende Verbindlichkeit ein Wechsel hingegeben wird. Dieser eignet sich ja wegen seiner formell abstrakten Natur, die ihn der römischen Stipulation ähnlich erscheinen läßt, ganz besonders für Novationen. Aber auch hier ist, den Verkehrsanschauungen entsprechend, in der Regel anzunehmen, daß der Wechsel nur zahlungshalber ausgestellt ist, so daß er akzessorisch neben die bestehende Verbindlichkeit tritt und erst durch Einlösung des Wechsels die frühere Schuld getilgt wird. „Nur wenn das Gegenteil ausdrücklich verabredet wird, tilgt schon die Begebung des Wechsels die Schuld.[17]) Übrigens bedarf es für den letzteren Fall kaum der Annahme einer Novation. Der Fall läßt sich ohne Anstand unter die Hingabe an Zahlungsstatt bringen. Die Regeln der datio in solutum reichen hier völlig aus."

Bestrittener ist die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts (§ 782 BGB). Im wesentlichen stehen sich dabei zwei Ansichten gegenüber: die eine[18]) spricht dem Abrechnungsvertrage jegliche Novationswirkung ab, während die andere[19]) gerade behauptet, man könne sich seine Wirkung überhaupt nur unter Annahme einer Novation vorstellen. Diese Ansichten nach ihrer Berechtigung hin zu prüfen, kann nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein. Aber selbst wenn wir uns der Ansicht anschließen, die im Abrechnungsvertrage eine Novation erblickt, eine Auffassung, die m. E. die richtigere von beiden ist, so können wir daraus doch noch keineswegs die Notwendigkeit zur Regelung eines besonderen, novationsähnlichen Erlöschungsgrundes im heutigen Recht entlehnen, denn zur Bewirkung des Eintritts novatorischer Er-

---

[17]) Fischer, Identität und Neuheit, in Breslauer Festgabe für Ihering S. 33 f.

[18]) Rießler, Gutachten für den 18. Deutschen Juristentag S. 13; Seufferts Arch. Bd. 24 S. 260; Merkel a. a. O. S. 132.

[19]) Regelsberger, Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 47 S. 153; Regelsberger in Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürgerl. R. Bd. 46 (Bd. 10 d. 2. Folge) S. 2 ff., insbesondere S. 10—16; Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 180 f.; Osberghauß, Die Novation des römischen Rechts usw., Heidelberger Diss. 1907, S. 46 f.; Lorent, Die Novation unter der Herrschaft des BGB., Leipziger Diss. 1905, S. 36 f.

scheinungen genügen die im Gesetz getroffenen Bestimmungen völlig, so daß ihre ausdrückliche Regelung nicht erforderlich ist.

Daß übrigens der kaufmännischen Abrechnung, die auf Grund eines Konto-Kurrents erfolgt, unter der Herrschaft des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs novationsartige Wirkungen nicht mehr zu eigen sind, ergibt sich aus der Fassung des § 356 HGB.

Ähnliches möchte Verfasser von § 607 Abs. 2 BGB. behaupten, entgegen der herrschenden Ansicht. Dernburg[20]) sieht in dieser Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld den „reinsten Fall einer Umwandlung" (Novation); in dieser Auffassung schließen sich ihm eine große Anzahl[21]) von Juristen an. Man bedarf jedoch, um diese Ansicht vertreten zu können, m. E. einer etwas gekünstelten Auslegung des Wortes Darlehn. An sich ist ja nur ein abstrakter Vertrag fähig zu novieren; da jedoch die Darlehnskausa zweifellos eine materielle Kausa ist, so kann ein Darlehnsvertrag keine Novation bewirken. Um dies ermöglichen zu können, muß man deshalb zu folgender Auslegung seine Zuflucht nehmen: Die Parteien wählen den Ausdruck „Darlehn" nicht, um damit den Vertrag materiell zu charakterisieren, sondern nur um für ihre abstrakte Verpflichtung einen konkreten Begriff zu schaffen; denn im Verkehrsleben erscheint die Vorstellung immerhin schwierig, etwas zu schulden einfach deshalb, weil man es verspricht, während das Darlehn als Schuldgrund dem Verkehr klar und geläufig ist. In Wahrheit handelt es sich also um eine abstrakte Verpflichtung, der nur rein aus Bequemlichkeitsrücksichten der Name „Darlehn" gegeben ist.

Dieser Ansicht möchte sich Verfasser jedoch nicht anschließen, sondern mit Kohler[22]) annehmen, die fragliche Umwandlung erfolge dadurch, „daß der Schuldner kraft Anweisung des Gläu-

---

[20]) Bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 § 120 S. 304.

[21]) z. B. Crome a. a. O. § 188 S. 272; J. v. Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 2 Teil 1 S. 265 f. A. g.; Hruza a. a. O. S. 88 f.; Bähr a. a. O. S. 209 u. a. m.

[22]) Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 182.

bigers an sich selbst leistet und das Geleistete als Darlehn behält“. Es liegt also ein wirkliches materiell-charakterisiertes Darlehn vor, bei dessen Begründung es sich niemals um eine Novation handeln kann.

Dieser kurzen Betrachtung einiger spezieller Fälle können wir entnehmen, daß es auch im heutigen Recht noch Verträge gibt, denen novationsartige Wirkungen eigentümlich sind. Die angeführten Beispiele haben uns aber zugleich gezeigt, daß in den meisten Fällen der Novationsgedanke doch ohne weiteres entbehrlich ist. Auf keinen Fall waren sie jedoch dazu angetan, uns zu der Überzeugung zu bringen, daß wir in unserem Rechtssystem eines besonderen, der römischen Novation analogen Rechtsinstituts bedürfen.

Schluß.

Zum Schluß wollen wir kurz nochmals das Ergebnis unserer Untersuchung zusammenfassen: Den Anschauungen und Bedürfnissen des römischen Rechts entwachsen, war die Novation ein unentbehrliches Institut im System des römischen Privatrechts. Bei ihrem beschränkten Kontraktsystem, ihrem strengen Formalismus und starren Festhalten an dem Prinzip der Unveränderlichkeit der Obligation brauchten die Römer notwendig einen Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden von so eigenartigem Charakter, wie wir ihn in der Novation vor uns sehen. Heute dagegen sind die Anschauungen und Begriffe ganz andere geworden. Der strenge Formalismus ist dem Prinzip ausgesprochenster Vertragsfreiheit gewichen, die Auffassung von der Obligation ist freier und realistischer geworden. Auf dem einst so ausgedehnten Herrschaftsgebiet der Novation haben sich heute eine Reihe von Instituten entwickelt, die jene, wenn nicht juristisch, so doch wirtschaftlich völlig ersetzen. Um die Zwecke zu erreichen, zu denen man früher ausschließlich der Novation bedurfte, ist heute der Umweg der Auflösung und Neubegründung der Obligation nicht mehr erforderlich. Wir erreichen heute mit Hilfe anderer Institute auf direktem Wege den gewünschten Erfolg unter Aufrechterhaltung der Obligation. Mit einem Worte: Im System unseres heutigen Privatrechts ist ein besonderer, der römischen Novation analoger Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden nicht mehr vonnöten.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 22. Mai 1886 wurde ich, Herbert Bormann, als Sohn des Rittergutsbesitzers Adolph Bormann und seiner Ehefrau Anna, geborenen Rothe, zu Gersdorf am Queis, Kreis Bunzlau, geboren.

Ostern 1898 trat ich in das Gymnasium Augustum zu Görlitz ein, das ich Ostern 1906 nach bestandener Reifeprüfung verließ.

Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu Genf, Greifswald und Breslau und bestand am 28. April 1910 in Breslau das Referendarexamen und am 12. Mai 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Zur Ausbildung wurde ich dem Kgl. Amtsgericht in Wohlau in Schlesien überwiesen.